



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Een steun in de rug voor het investeringsbeleid van de Commissie: Advies 1/17 (CETA)

Ankersmit, L.J.

DOI

[10.5553/NtER/138241202019025009004](https://doi.org/10.5553/NtER/138241202019025009004)

Publication date

2019

Document Version

Final published version

Published in

Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Ankersmit, L. J. (2019). Een steun in de rug voor het investeringsbeleid van de Commissie: Advies 1/17 (CETA). *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 25(9/10), 263-270. <https://doi.org/10.5553/NtER/138241202019025009004>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)

Een steun in de rug voor het investeringsbeleid van de Commissie: Advies 1/17 (CETA)

Dr. L.J. Ankersmit*

In *Advies 1/17* oordeelt het Hof van Justitie dat het geschillenbeslechtsmechanisme tussen investeerders en staten (hierna: het 'ISDS-systeem') in de Brede Economische en Handelsovereenkomst tussen Canada en de EU (CETA) verenigbaar is met de Verdragen.¹ Het advies was aangevraagd door de Belgische regering op verzoek van de Waalse regering. In het Advies gaat het Hof van Justitie in op drie aspecten van het adviesverzoek van de Belgische regering over de verenigbaarheid van het ISDS-systeem met de Verdragen: de autonomie van de rechtsorde van de Unie, het beginsel van gelijke behandeling en het recht op toegang tot een onafhankelijke rechter. *Advies 1/17* is vooral opvallend omdat het minder strikt is dan voorgaande rechtspraak van het Hof van Justitie over externe controlemechanismen in internationale verdragen en doordat het Hof van Justitie zich mengt in de discussie over de impact van het ISDS-systeem op het democratische besluitvormingsproces binnen de EU.

HvJ 30 april 2019, A-1/17, ECLI:EU:C:2019:341 (CETA)

Inleiding

Met *Advies 1/17 (CETA)* kiest het Hof van Justitie voor een koers die aan de wensen van de Commissie en een flink aantal lidstaten voldoet.² Het advies neemt niet

alleen de EU-rechtelijke zorgen weg over de verenigbaarheid van het ISDS-systeem met de Verdragen, maar kan zelfs als een steun in de rug worden gezien voor het investeringsbeleid van de Commissie, inclusief het nog op te richten multilaterale investeringshof.³ Daarbij is het niet alleen opvallend dat het Hof van Justitie een stuk milder is dan eerdere rechtspraak over de verenigbaarheid met externe controlemechanismen in internationale verdragen zoals het EVRM, maar ook uit eigen beweging lijkt te willen inspelen op de maatschappelijke discussie rondom de impact van ISDS in het algemeen op de democratische besluitvorming in Europa.⁴

Advies 1/17 is het gevolg van een adviesverzoek op grond van artikel 218 lid 11 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) van de Belgische regering over de verenigbaarheid van Afdeling F van Hoofdstuk Acht van de Brede Economische en Handelsovereenkomst (CETA) tussen Canada, enerzijds, en de Europese Unie en haar lidstaten, anderzijds.⁵ De adviesprocedure is een bijzondere procedure in het Europees recht, die de Commissie, de Raad, het Europees Parlement en de lidstaten de bevoegdheid geeft advies in te winnen van het Hof van Justitie over de verenigbaarheid van een voorgenomen internationaal akkoord met de Europese verdragen. Het Advies is bindend en een voorgenomen internationaal akkoord kan niet in werking treden als het Hof van Justitie van oordeel is dat het akkoord niet verenigbaar is met de Verdragen. Het doel van deze procedure is preventief van

263

* Dr. L.J. (Laurens) Ankersmit is universitair docent Europees recht aan de Universiteit van Amsterdam. Met dank aan Harm Schepel en Nik de Boer voor commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

1. CETA staat voor Comprehensive Economic and Trade Agreement. ISDS staat voor Investor-State Dispute Settlement. Het ISDS systeem gehanteerd in CETA staat bekend als het Investment Court System (ICS) en is een vorm van ISDS. Zie de Brede Economische en Handelsovereenkomst (CETA) tussen Canada, enerzijds, en de Europese Unie en haar lidstaten, anderzijds, *PbEU* 2017, L 11/23.

2. *HvJ* 30 april 2019, A-1/17, ECLI:EU:C:2019:341 (*CETA*).

3. Zie Raadsdocument 12981/17, 'Richtsnoeren voor de onderhandelingen over een verdrag tot oprichting van een multilateraal gerecht voor de beslechting van investeringsgeschillen', 1 maart 2018.

4. Zie bijvoorbeeld eerder *HvJ* 14 december 1991, A-1/91, ECLI:EU:C:1991:490 (*EER*); *HvJ* 8 maart 2011, A-1/09, ECLI:EU:C:2011:123 (*Octrooigerecht*); *HvJ* 18 december 2014, A-2/13, ECLI:EU:C:2014:2454 (*EVRM*); *HvJ* 6 maart 2018, zaak C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 (*Achmea*).

5. Brede Economische en Handelsovereenkomst (CETA) tussen Canada, enerzijds, en de Europese Unie en haar lidstaten, anderzijds, *PbEU* 2017, L 11/23.

aard, want het dient volgens het Hof van Justitie ‘ter voorkoming van de complicaties die zouden ontstaan indien de verenigbaarheid met de Verdragen van internationale akkoorden die de Unie binden, in rechte werd aangevochten’.⁶ Deze complicaties zijn zowel intern als extern van aard en dienen dus ook de goede betrekkingen met derde landen en internationale organisaties te waarborgen.

Een adviesverzoek door een lidstaat is bijzonder, maar niet uniek. In totaal zijn er 22 Adviezen door het Hof van Justitie uitgebracht, waarvan maar liefst veertien waren aangevraagd door de Commissie, drie door de Raad, één door het Europees Parlement en vier door lidstaten. De Commissie heeft regelmatig van deze procedure gebruikgemaakt naar aanleiding van onenigheid met de Raad over de bevoegdheidsverdeling tussen de EU en de lidstaten over de sluiting van een internationaal akkoord. Het meest recente voorbeeld hiervan is *Advies 2/15 (Handelsakkoord met Singapore)* waarbij de Commissie ervoor koos om de vraag die zij voorlegde aan het Hof van Justitie te beperken tot de exclusieve bevoegdheid van de Unie voor het sluiten van het handelsakkoord, en niet ook een advies van het Hof van Justitie te vragen over de inhoudelijke verenigbaarheid van het akkoord met de Verdragen.⁷ Deze keuze was opvallend omdat juist over de verenigbaarheid van het geschillenbeslechtsmechanisme in dat akkoord vraagtekens bestonden, zelfs binnen de juridische dienst van de Raad en de Nederlandse regering.⁸ Het Hof van Justitie heeft immers rechtspraak ontwikkeld waarbij onderwerping aan externe controlemechanismen in

internationale verdragen, zoals het Europees Hof voor Rechten van de Mens, het Europees octrooigerecht, en de eerste versie van het Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA) niet verenigbaar werden geacht met de autonome rechtsorde van de Europese Unie.⁹ In het latere arrest *Achmea* oordeelde het Hof van Justitie dat een investeringsarbitragemechanisme in een investeringsverdrag tussen lidstaten ook in strijd is met het Europese recht.¹⁰ Deze rechtspraak heeft als gemeenschappelijk kenmerk dat deze controlemechanismen die extern aan het rechterlijke systeem van de Unie zijn, de rechtsmacht van rechters binnen de Unie en daarmee de autonome rechtsorde van de EU aantasten.

Het adviesverzoek van België heeft alles te maken met het verzet tegen de CETA in de Belgische gewesten Wallonië en Brussel. Na enkele zeer kritische hoorzittingen in het Waals parlement werd op 25 april 2016 een parlementaire resolutie aangenomen waarbij de Waalse regering werd verzocht niet eerder in te stemmen met de ondertekening door de Belgische federale regering van de CETA dan wanneer er aan vier voorwaarden werd voldaan.¹¹ De eerste voorwaarde, gedragen door Marie-Dominique Simonet van de links-christelijke partij CdH, was het indienen van een verzoek voor een Advies door het Hof van Justitie over de verenigbaarheid van CETA met de EU Verdragen om te voorkomen dat een onverenigbaar akkoord zou worden geratificeerd. De impasse die vervolgens ontstond tussen de Belgische federale regering van de rechtse Waal Charles Michel en de Waalse regering van de linkse Waal Paul Magnette, leidde uiteindelijk tot het in de internationale media breed uitgemeten uitstel met enkele dagen van de ondertekening van CETA. De federale regering besloot op het allerlaatste moment in te stemmen met het indienen van een Adviesverzoek.

In het Adviesverzoek stelt de Belgische federale regering het Hof van Justitie de vraag of de bepalingen van hoofdstuk 8 (‘Investerings’), afdeling F (‘Beslechting van investeringsgeschillen tussen investeerders en staten’), van de CETA tussen Canada en de EU en de lidstaten verenigbaar is met de Verdragen, met inbegrip van de grondrechten. In zijn toelichting bij het verzoek heeft België vier elementen naar voren gebracht die het van belang achtte voor het beantwoorden van deze rechtsvraag. Het Hof van Justitie heeft in zijn Advies deze vier elementen samengebracht tot drie elementen:

- verenigbaarheid van het voorgenomen ISDS-systeem met de autonomie van de rechtsorde van de Unie;
- verenigbaarheid van het voorgenomen ISDS-systeem met het algemene beginsel van gelijke behandeling;

9. HvJ 18 december 2014, A-2/13, ECLI:EU:C:2014:2454 (*EVRM*).

10. HvJ 6 maart 2018, zaak C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 (*Achmea*), besproken door E. de Brabandere, ‘De Achmea-zaak voor het Europees Hof van Justitie. Het einde van intra-EU-investeringsverdragen?’, *NtEr* 2018/3-4, p. 98-107.

11. Waals parlement, ‘Résolution sur l’Accord économique et commercial global (AECG)’ 212 (2014-2015) – N° 4, 25 april 2015.

6. HvJ 8 maart 2011, A-1/09, ECLI:EU:C:2011:123 (*Octrooigerecht*), punt 47.

7. HvJ 16 mei 2017, A-2/15, ECLI:EU:C:2017:376 (*Handelsverdrag Singapore*).

8. In een memo aan minister Ploumen van de Directie Juridische Zaken van het ministerie van Buitenlandse Zaken van 13 november 2015 stelt het ministerie dat er ‘risico’s’ zijn over de verenigbaarheid van ISDS met de Verdragen. Het memo stelt verder dat vooral de juridische dienst van de Raad (JDR) ‘zich kritisch [heeft] uitgelaten over de verenigbaarheid’ maar dat de Commissie overtuigd is van de verenigbaarheid. Het memo is in het bezit van de auteur en is verkregen door middel van een verzoek op grond van de Wet openbaarheid bestuur. Zie voor de academische discussie: L. Ankersmit, ‘The compatibility of investment arbitration in EU trade agreements with the EU judicial system’, *Journal for European Environmental & Planning Law* 2016/13, p. 46-63; S. Gáspár-Szilágyi, ‘A Standing Investment Court under TTIP from the Perspective of the CJEU’, *Journal of World Investment and Trade* 2016/17, p. 701-742; J. Kokott en Ch. Sobotta, ‘Investment Arbitration and EU law’, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2016/18, p. 3-19; A. Rosas, ‘The EU and international dispute settlement’, *Europe and the World: a law review* 2017/1, p. 1-29; M. Cremona, ‘Guest Editorial: Negotiating the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)’, *Common Market Law Review* 2015/52, p. 351-362, op p. 360; H. Lenk, ‘Investor-state arbitration under TTIP: Resolving investment disputes in an (autonomous) EU legal order’, *Report for Swedish Institute for European Policy Studies* 2015/2; J. Kleinheisterkamp, ‘Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of The Energy Charter Treaty’, *Journal of International Economic Law* 2012/15, p. 85-109; S. Hindelang, ‘Repellent Forces: The CJEU and Investor-State Dispute Settlement’, *Archiv des Völkerrechts* 2015/53, p. 68-89; N. Lavranos, ‘Designing an International Investor-to-State Arbitration System after Opinion 1/09’, in: M. Bungenberg en C. Herrmann (red.), *Common Commercial Policy after Lisbon*, Berlijn/Heidelberg: Springer 2013, p. 199-219.

- verenigbaarheid van het voorgenomen ISDS-systeem met het recht op toegang tot een onafhankelijke rechter.

Dit artikel bespreekt de drie elementen van het Advies in die zelfde volgorde. Vooraf nog een woord over de kenmerken van het geschillenbeslechtingmechanisme tussen investeerders en staten dat in de CETA is opgenomen. Dit geschillenbeslechtingmechanisme bevat overeenkomsten met het systeem van investeringsarbitrage dat door veel landen in bilaterale investeringsverdragen wordt gehanteerd en dat bekend staat als ISDS ('investor-state dispute settlement'), maar ook enkele verschillen. Hoewel de Commissie dit geschillenbeslechtingmechanisme in CETA het 'investeringsgerecht' noemt onder het Engelstalige acroniem ICS ('Investment Court System'), lijkt het Hof van Justitie te denken dat het 'ICS' nog verwezenlijkt moet worden en geen onderdeel uitmaakt van CETA.¹² Consequent gebruikt het Hof van Justitie dan ook het acroniem 'ISDS' en de termen 'het ISDS-systeem' of het 'voorgenomen ISDS-systeem' als het naar de gerechten in Hoofdstuk 8 van CETA verwijst. Extra verwarrend is dat het geschillenbeslechtingssysteem een 'Gerecht' kent en een 'Beroepsinstantie' en het Hof van Justitie deze instanties in het algemeen 'gerechten' noemt. Omdat dit artikel het Advies van het Hof van Justitie bespreekt, zal de terminologie van het Hof van Justitie worden aangehouden: het ISDS-systeem verwijst naar het geschillenbeslechtingmechanisme tussen investeerders en staten in hoofdstuk 8 van CETA, 'Gerecht' naar de instantie die wordt ingesteld op grond van artikel 8.27 CETA en 'Beroepsinstantie' naar de instantie die wordt ingesteld op grond van artikel 8.28 CETA en 'gerechten' naar beide instanties.

Het ISDS-systeem in CETA werkt in het kort als volgt. Een 'investeerder' van een van de partijen bij CETA kan bij het Gerecht een schadevergoedingsactie instellen tegenover de andere partij voor verlies of schade als gevolg van een inbreuk op een aantal in hoofdstuk 8 van CETA vastgestelde rechten, zoals het recht op 'eerlijke en billijke behandeling'.¹³ Bijvoorbeeld een Nederlandse bv die een investering heeft gedaan in Canada kan een schadevergoedingsactie beginnen voor het Gerecht tegenover de Canadese overheid als deze bv van mening is dat zij schade heeft geleden door een inbreuk op een van deze investeringsrechten. Andersom hebben ook Canadese bedrijven deze mogelijkheid ten opzichte van de EU en haar lidstaten. Bijzonder aan het ISDS-systeem is dat CETA voorziet in een 'Beroepsinstantie' die een uitspraak van het Gerecht bevestigt, wijzigt of vernietigt.¹⁴ Bijzonder in het internationale recht, maar gebruikelijk in het internationale investeringsrecht, is dat het ISDS-systeem direct toegankelijk is voor investeerders en investeerders dus niet eerst de nationale rechtsmiddelen hoeven uit te putten. Het ISDS-systeem is daarmee een direct alternatief voor de nationale

rechtsgang. Daarbij bepaalt CETA dat van deze nationale rechtsgang moet worden afgezien en een nationale procedure moet worden afgebroken, mocht de investeerder ervoor kiezen om naar het Gerecht te stappen.¹⁵ Bijzonder is ook de samenstelling van de gerechten. De selectie van de leden van deze gerechten (de tekst van CETA rept met geen woord over 'rechters') is vergelijkbaar met de selectie van de leden van de verschillende gerechten binnen de Wereldhandelsorganisatie. Er komt een rooster met vijftien leden die in verschillende formaties uitspraken zullen doen. Deze leden worden aangesteld door Canada en de EU en worden niet meer gekozen door de partijen bij een geschil, zoals gebruikelijk is in ISDS. Daarmee kunnen investeerders dus niet meer een arbiter aanwijzen bij een geschil dat zij zelf hebben aangebracht. Wat wel weer hetzelfde is gebleven is de uitzonderlijk sterke mogelijkheden voor investeerders om vonnissen van de gerechten ten uitvoer te leggen. Deze vonnissen kunnen overal ter wereld ten uitvoer worden gelegd waarbij er maar zeer beperkte mogelijkheden zijn voor Canada en de EU en haar lidstaten om tegen een dergelijke tenuitvoerlegging op te komen.¹⁶

Met het instellen van een Beroepsinstantie en de aanpassing van de selectie van leden van de gerechten denkt de Commissie tegemoet te zijn gekomen aan de wereldwijde kritiek op ISDS. Op de online openbare raadpleging van de Commissie over dit systeem in de context van het voorgenomen handelsakkoord met de Verenigde Staten namen maar liefst 145.000 mensen de moeite om negatief over dit systeem te oordelen (97% van alle respondenten).¹⁷ Deze kritiek was echter van een meer fundamentele aard zoals blijkt uit het rapport van de Commissie hierover.

Verenigbaarheid van het voorgenomen ISDS-systeem met de autonomie van de rechtsorde van de Unie

Het Advies van het Hof van Justitie met betrekking tot de autonomie van de rechtsorde van de Unie is vanuit constitutioneel oogpunt het interessantst en bestaat uit drie delen. Na een algemene beschouwing over de beginselen van de autonome rechtsorde en externe controlemechanismen in internationale akkoorden in het eerste deel, gaat het Hof van Justitie nader in op de bepalingen van CETA. Het opvallendst is de introductie in het derde deel van een nieuw aspect van de autonome rechtsorde: het behoud van het autonoom functioneren van de instellingen van de EU in het kader van de door de in de verdragen opgedragen regelgevende taak. Dit artikel bespreekt eerst het meest conventionele deel van

12. HvJ 30 april 2019, A-1/17, ECLI:EU:C:2019:341 (CETA), punt 8.

13. Art. 8.18 en 8.23 CETA.

14. Art. 8.28 CETA.

15. Art. 8.22 lid 1 CETA.

16. Art. 8.41 CETA.

17. Commissie document SWD(2015) 3.

de autonome rechtsorde (uitlegging van het Unierecht) en daarna het nieuwe deel: de mogelijke inbreuk van het ISDS-systeem op de bevoegdheid van Unierechters om het Unierecht uit te leggen en toe te passen.

Uitlegging van het Unierecht

Een belangrijk fundament van het autonome karakter van het Unierecht is de exclusieve bevoegdheid van het Hof van Justitie om bepalingen van EU-recht definitief uit te leggen. Deze bevoegdheid zorgt er immers voor dat het Unierecht uniform wordt uitgelegd in de gehele Unie, waarbij de essentiële kenmerken van het Europese recht (rechtstreekse werking, voorrang enz.) worden gewaarborgd in alle lidstaten en onder dezelfde voorwaarden. Deze bevoegdheid is terug te leiden tot de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU, die door het Hof van Justitie in *Advies 2/13* nog als ‘hoeksteen’ van het Europese rechterlijke systeem werd betiteld.¹⁸ Deze hoeksteen stond toetreding van de Unie tot het EVRM in de weg, omdat volgens het Hof van Justitie het EHRM bij het beoordelen van een mogelijke schending van het EVRM mogelijk secundair Unierecht zou kunnen interpreteren zonder tussenkomst van het Hof van Justitie.

Men zou kunnen denken dat een systeem als het ISDS-systeem in CETA bij uitstek problematisch is voor de autonome rechtsorde. De gerechten in CETA zijn voor buitenlandse investeerders namelijk een alternatief voor de rechters binnen de Unie (de rechters van de lidstaten en de rechters van het Hof van Justitie): een investeerder hoeft met ISDS namelijk niet eerst een geschil met een staat voor te leggen aan een nationale rechter, maar kan direct bij een investeringstribunaal een schadevergoeding vorderen. In die zin is het investeringsrecht tamelijk uniek. In het internationale recht is het gebruikelijk dat eerst de nationale rechtsmiddelen moeten worden uitgeput alvorens de internationale rechtsgang openstaat. Dit is bijvoorbeeld een vereiste in het internationaal gewoonterecht, maar ook in het EVRM.¹⁹ Deze meer gebruikelijke benadering geeft een partij niet alleen de mogelijkheid om een misstand eerst via de eigen rechter recht te zetten, maar zorgt ervoor dat de eigen rechter ook niet kan worden omzeild. Het internationale investeringsrecht is uniek omdat internationale investeringsverdragen meerdere benaderingen kennen omtrent dit vraagstuk. Zo zijn er enkele bilaterale investeringsverdragen die expliciet bepalen dat nationale rechtsmiddelen eerst moeten worden uitgeput, maar er zijn ook verdragen (zoals CETA) waar expliciet is bepaald dat dit niet nodig is. Verreweg de meeste verdragen zwijgen hierover. Opvallend is dat juist in het laatste geval ISDS-tribunalen over het algemeen de rechtsregel in het internationale gewoonterecht waarbij uitputting zo belangrijk wordt geacht dat er expliciet

van moet worden afgeweken in een internationaal verdrag, omdraaien: als niets over uitputting is bepaald, dan is het niet nodig.²⁰

Daarbij opereert het ISDS-systeem ook nog volledig buiten en onafhankelijk van het rechtssysteem van de Unie, want in tegenstelling tot de nationale rechter is er geen mogelijkheid of verplichting tot het stellen van prejudiciële vragen als zich een vraag van Unierecht voordoet. De gerechten kunnen zo op eigen houtje betekenis geven aan het Unierecht in geschillen tussen particulieren en de Unie en haar lidstaten.

Dat deze situatie niet incidenteel is, wordt nog wel in *Advies 1/17* onderkend want het Hof van Justitie overweegt dat situaties waarbij de gerechten zich uitspreken over handelingen van afgeleid Unierecht ‘vaak zouden kunnen voorkomen’.²¹ Bovendien had het Hof van Justitie in *Advies 2/15* geconcludeerd dat ISDS daarmee een systeem is waarbij ‘geschillen aan de rechterlijke bevoegdheid van de lidstaten worden onttrokken’.²² Daar komt nog bij dat, anders dan in het kader van het EVRM, uitspraken van deze gerechten overal ter wereld en bijna automatisch ten uitvoer kunnen worden gelegd, waardoor er ook hier minder controle is op dergelijke tribunalen dan bij het EVRM. Een uitspraak van het EHRM kan bijvoorbeeld alleen ten uitvoer worden gelegd in de staat waartegen is geprocedeerd.²³

Echter, uit *Advies 1/17* blijkt dat de zaak toch anders ligt voor de CETA. Volgens het Hof van Justitie zijn er voldoende waarborgen in artikel 8.31 CETA aanwezig om ervoor te zorgen dat de autonomie van het Unierecht niet wordt aangetast. Ten eerste wijst het Hof van Justitie erop dat, anders dan in *Advies 1/09*, het Unierecht anders dan de bepalingen van CETA geen onderdeel is van het toepasselijk recht en dat anders dan in het *Achmea*-arrest CETA een overeenkomst betreft tussen de Unie en een derde staat en geen overeenkomst is tussen lidstaten.²⁴ Volgens het Hof van Justitie doet de bepaling in artikel 8.31 lid 2 CETA die bepaalt dat deze gerechten Unierecht ‘als een feitelijk gegeven in aanmerking’ kunnen nemen en daarbij ‘de heersende uitlegging van de interne wetgeving door de rechterlijke instanties of de autoriteiten van die partij bij de overeenkomst’ moeten volgen, daar niet aan af. Volgens het Hof van Justitie hebben deze preciseringen geen ander doel dan uit te leggen dat gerechten bij de beoordeling van een geschil op grond van CETA

‘onvermijdelijk de strekking van [de maatregel van intern recht] moeten onderzoeken op basis van de informatie en de argumenten die hem door die inves-

18. HvJ 18 december 2014, A-2/13, ECLI:EU:C:2014:2454 (*EVRM*), punt 176.

19. Art. 35 lid 1 EVRM. Het internationaal gewoonterecht schrijft zelfs voor dat deze regel zo fundamenteel is dat daarvan alleen expliciet in een verdrag van kan worden afgeweken. IGH 20 juli 1989, *Elektronica Sicula S.p.A. (ELSI)*. Zie ook *infra* noot 20.

20. Zie voor een goed overzicht: M.D. Brauch, ‘Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law’, IISD Best Practices Series - januari 2017, raadpleegbaar via <https://iisd.org/sites/default/files/publications/best-practices-exhaustion-local-remedies-law-investment-en.pdf> (3 januari 2020).

21. HvJ 30 april 2019, A-1/17, ECLI:EU:C:2019:341 (*CETA*), punt 138.

22. HvJ 16 mei 2017, A-2/15, ECLI:EU:C:2017:376 (*Handelsakkoord met Singapore*), punt 292.

23. Art. 46 lid 1 EVRM.

24. HvJ 30 april 2019, A-1/17, ECLI:EU:C:2019:341 (*CETA*), punten 125-136.

teerder en door die staat of de Unie zijn voorgelegd. Dit onderzoek kan in voorkomend geval vereisen dat het interne recht van de verwerende partij in aanmerking wordt genomen.’

Volgens het Hof van Justitie kan dit ‘niet worden gelijkgesteld met een uitlegging van dat nationale recht door het Gerecht van de CETA’.²⁵

Met deze benadering gaat het Hof van Justitie volledig mee met de door de Commissie bedachte oplossing voor het beschermen van de exclusieve bevoegdheid van het Hof van Justitie om een definitieve uitlegging van het Unierecht te geven. In *Advies 2/13* had het Hof van Justitie wel degelijk moeite met de omstandigheid dat het EHRM mogelijk zelfs het secundaire Unierecht zou uitleggen in het kader van een onderzoek of een maatregel in strijd is met het EVRM.²⁶ Met CETA worden de waarborgen dat het Unierecht slechts als een feitelijk gegeven in aanmerking kan worden genomen en de heersende opvatting van het Unierecht moet worden gevolgd als voldoende geacht.

Kennelijk heeft het feit dat dergelijke geschillen nu door een gerecht worden afgedaan dat buiten het rechterlijke stelsel van de Unie valt, geen dermate negatieve invloed op het rechtssysteem in de Unie dat daarmee de uniforme uitlegging van het Unierecht in gevaar komt. In de praktijk zullen de gerechten daarmee het Unierecht vaak zonder duiding van het Hof van Justitie moeten uitleggen. Dat dit ‘als een feitelijk gegeven’ wordt gedaan is weliswaar gebruikelijk in het internationale recht, maar eveneens gekunsteld. Het recht is immers een sociale constructie en valt niet ‘feitelijk’ waar te nemen. Een gerecht kan zich bijvoorbeeld met de vraag geconfronteerd zien of het al dan niet vereisen van een bepaalde vergunning voor het verwerken van gevaarlijk afval oneerlijke en onbillijke behandeling van de investeerder oplevert.²⁷ In dat geval zal een tribunaal toch echt betekenis moeten geven aan het nationale of Europese recht.²⁸ Doordat gerechten geen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie kunnen of moeten stellen en doordat er geen inbreukprocedure kan worden ingesteld is de uniforme uitlegging van het Unierecht in elk geval minder gewaarborgd dan bij de rechtsgang in een van de lidstaten van de Unie.

Autonomie van het democratische besluitvormingsproces

In het laatste deel van dit onderdeel van het Advies geeft het Hof van Justitie een geheel nieuwe en verassende dimensie aan zijn rechtspraak over de autonome rechts-

orde. Het Hof van Justitie overweegt namelijk dat niet alleen de autonomie van de EU-rechtsorde vereist dat de bevoegdheden van Unierechters moeten worden gewaarborgd, maar ook de regelgevende bevoegdheden van de instellingen. Daarmee vereist het Hof van Justitie dat verdragen naast rechterlijke autonomie ook de regelgevende autonomie van de Unie respecteren.

Nadat het Hof van Justitie overweegt dat de gerechten het belang van de door de investeerder ingeroepen vrijheid van ondernemerschap kunnen afwegen tegen de uit het Unierecht voortvloeiende doelstellingen van algemeen belang (waarbij het Hof van Justitie overweegt dat die situaties ‘vaak zouden kunnen voorkomen’), gaat het Hof van Justitie niet zozeer meer in op de interpretatie die het CETA Gerecht zal geven aan het Unierecht, maar op de impact die deze belangenafweging kan hebben op het institutionele kader van de Unie. Het Hof van Justitie oordeelt dat de bevoegdheden van de gerechten de autonomie van de rechtsorde van de Unie aantasten indien zij zouden kunnen afdoen aan het niveau van bescherming van een openbaar belang in plaats van louter na te gaan of de behandeling van de investeerder in strijd is met de investeringsrechten opgenomen in CETA.²⁹

Het Hof van Justitie stelt dat als de gerechten dergelijke uitspraken zouden kunnen doen waarbij het beschermingsniveau van de Unie in strijd is met de CETA, de Unie er dan zou ‘toe kunnen worden verplicht om van dit niveau van bescherming af te zien, omdat het Gerecht van de CETA haar anders herhaaldelijk zou kunnen dwingen om schadevergoeding aan de verzoevende investeerder te betalen’.³⁰ Daarbij concludeert het Hof van Justitie meer in het algemeen dat een internationale overeenkomst ‘de bevoegdheid van de Unie om in haar eigen constitutioneel kader autonoom te functioneren’ in gevaar brengt als de Unie of een lidstaat bij de uitvoering van Unierecht een regeling moet wijzigen of intrekken door de beoordeling van een extern gerecht opgericht door die overeenkomst van het niveau van bescherming van een openbaar belang.³¹

Vervolgens toetst het Hof van Justitie of dit inderdaad het geval is in de CETA. Het Hof van Justitie toetst daarbij een reeks waarborgen omtrent de autonomie van het besluitvormingsproces die zijn opgenomen in de CETA, zoals de algemene uitzondering opgenomen in artikel 28.3 lid 2 CETA (een op art. XX GATT en art. 36 VWEU gelijkende bepaling), het gezamenlijk uitleggingsinstrument, en de definities van de omstreden bepalingen inzake ‘eerlijke en billijke behandeling’ en ‘onrechtstreekse onteigeningen’.³² Deze bepalingen zijn omstreden omdat ze in de ogen van critici zo verwoord zijn dat ze kunnen worden gebruikt om maatregelen van staten die publieke belangen behartigen onder druk te

25. HvJ 30 april 2019, A-1/17, ECLI:EU:C:2019:341 (CETA), punt 132.

26. HvJ 18 december 2014, A-2/13, ECLI:EU:C:2014:2454 (EVRM), punt 246.

27. Zie voor een mooi voorbeeld in de context van NAFTA: *Metalclad Corporation/Mexico*, ICSID Zaak ARB(AF)/97/1, vonnis van 30 augustus 2000, punten 79-101.

28. Zie voor een uitgebreide discussie en toepassing van dit vraagstuk in de context van CETA, G. Leonelli, ‘CETA and The External Autonomy of The EU Legal Order: Risk Regulation As A Test’, LIEI, nog niet gepubliceerd; F. Abreu Duarte, ‘Autonomy and Opinion 1/17 – a matter of coherence?’, *European Law Blog*, 31 mei 2019.

29. HvJ 30 april 2019, A-1/17, ECLI:EU:C:2019:341 (CETA), punt 148.

30. HvJ 30 april 2019, A-1/17, ECLI:EU:C:2019:341 (CETA), punt 149.

31. HvJ 30 april 2019, A-1/17, ECLI:EU:C:2019:341 (CETA), punt 150.

32. HvJ 30 april 2019, A-1/17, ECLI:EU:C:2019:341 (CETA), punten 152-159.

zetten.³³ Het Hof van Justitie concludeert na het citeren van deze reeks waarborgen dat door de rechten van investeerders uitdrukkelijk af te bakenen, de partijen bij CETA ‘hebben willen verzekeren dat de op te richten gerechten in geen enkel geval kunnen tornen aan de door een partij op democratische wijze gemaakte keuzes ter zake van met name het niveau van bescherming van’ een niet-limitatieve lijst van publieke belangen.³⁴

De overwegingen en conclusies³⁵ van het Hof van Justitie omtrent dit nieuwe onderdeel van de autonomie van het Unierecht lijken opvallend veel in te spelen in de maatschappelijke discussie omtrent de mogelijke nadelige gevolgen die ISDS heeft voor het waarborgen van publieke belangen zoals milieubescherming, klimaatverandering, sociale zekerheid, of mensenrechten. Dit is op zijn minst verassend te noemen omdat de Belgische federale regering het Hof van Justitie in het geheel niet had verzocht zich te mengen in deze discussie. Desalniettemin weten de Commissie en regeringen van lidstaten die CETA graag willen ratificeren zich nu gesteund door een niet te miskennen autoriteit in het publieke debat over deze kwestie.

De redenering van het Hof van Justitie in deze kwestie is ook opvallend omdat die garanties³⁶ lijkt te geven die lastig waar te maken zijn door het Hof van Justitie. Uiteraard is het goed mogelijk dat de gerechten voorzigtiger zullen optreden dan ISDS-tribunalen die oudere generaties (vooral uit de jaren negentig) investeringsverdragen hebben geïnterpreteerd. Maar het zijn uiteindelijk de CETA-tribunalen zelf, en *niet* het Hof van Justitie, die bevoegd zijn om de door de investeerder ingeroepen vrijheid van ondernemerschap af te wegen tegen publieke belangen.³⁷ In zijn eigen rechtspraak over aansprakelijkheid van EU-instellingen heeft het Hof van Justitie het voor particulieren nagenoeg onmogelijk gemaakt om schade vergoed te krijgen. De redenen voor deze zeer strikte toets zijn frappant. Ten eerste mag de uitoefening van de wetgevende bevoegdheid van de Unie niet worden belemmerd door de *mogelijkheid* van schadevergoedingsacties wanneer in het algemeen belang van de Unie normatieve maatregelen moeten worden vastgesteld die de rechten van particulieren kunnen aantasten. Ten tweede moet de instel-

lingen een ruime beoordelingsbevoegdheid worden toegekend. Hierdoor kan de Unie slechts aansprakelijk worden gesteld indien de betrokken instelling de grenzen van haar bevoegdheden kennelijk en ernstig heeft miskend.³⁸

Niet alleen is het onder CETA nu mogelijk om bij een geheel ander gerecht schade te verhalen dan bij het Hof van Justitie, maar het is zelfs mogelijk om schade te verhalen voor maatregelen die onder het Unierecht rechtmatig zijn.³⁹ In tegenstelling tot een schadeclaim op grond van artikel 340 VWEU hoeft een investeerder onder CETA niet aan te tonen dat de schending van de in CETA opgenomen normen ‘voldoende gekwalificeerd’ is.

Als men alleen al naar de cijfers kijkt dan blijkt dat slechts 23 uit 530 aansprakelijkheidszaken op grond van artikel 340 VWEU tegen de instellingen van de EU succesvol waren, een percentage van 4,3%. Dit percentage is zeven keer hoger onder het investeringsrecht. Volgens cijfers van de UNCTAD resulteerden 173 van de 942 zaken die zijn afgedaan in een overwinning voor de investeerder, een percentage van 28,7%.⁴⁰ Het is maar de vraag of investeringstribunalen die specifiek in het leven zijn geroepen voor het beslechten van geschillen tussen investeerders en staten en enkel rechtsmacht hebben over geschillen die worden aangebracht door investeerders even restrictief zullen oordelen als het Hof van Justitie.

Mocht CETA in werking treden, dan zullen de gerechten toch moeten oordelen of maatregelen al dan niet ‘willekeurige of ongerechtvaardigde discriminatie’ of ‘een verkapte beperking van de handel’ of volledig legitiem zijn. Dit zijn bepalingen zoals alleen al de rechtspraak omtrent het vrij verkeer van goederen ons leert die allerminst als ‘acte claire’ kunnen worden aangemerkt. Hier lijkt toch de garantie van het Hof van Justitie dat de gerechten ‘in geen enkel geval kunnen tornen aan de door een partij op democratische wijze gemaakte keuzes ter zake van met name het niveau van bescherming van’ een niet-limitatieve lijst van publieke belangen toch met een korrel zout moet worden genomen. Inmiddels bereidt het Zwitserse Nordstream 2 een claim voor tegen de EU vanwege de Gasrichtlijn op grond van het Europese Energiehvest.⁴¹ Deze zaak zal mogelijk een eerste indicatie zijn hoe *Advies 1/17* zich zal verhouden tot de autonomie van het besluitvormingsproces in de EU in het bijzonder.

33. G. van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford: Oxford University Press 2007.

34. HvJ 30 april 2019, A-1/17, ECLI:EU:C:2019:341 (CETA), punt 160.

35. HvJ 30 april 2019, A-1/17, ECLI:EU:C:2019:341 (CETA), punt 148-160.

36. Het Hof van Justitie stelt in punt 160 dat ‘[u]it het geheel van deze bepalingen in de CETA blijkt dus dat de partijen, door de draagwijdte van hoofdstuk acht, afdelingen C en D, van deze overeenkomst, de enige afdelingen die voor de in afdeling F van dat hoofdstuk voorziene gerechten kunnen worden ingeroepen, uitdrukkelijk af te bakenen, hebben willen verzekeren dat de op te richten gerechten in geen enkel geval kunnen tornen aan de door een partij op democratische wijze gemaakte keuzes ter zake van met name het niveau van bescherming van de openbare orde, de openbare veiligheid, de openbare zeden, de gezondheid en het leven van personen en dieren, het behoud van de voedselveiligheid, de planten, het milieu, het arbeidswelzijn, de productveiligheid, de consumentenbescherming en de grondrechten.’

37. Art. 30.6 CETA bepaalt dat CETA geen rechtstreekse werking kent. Buitenlandse investeerders kunnen zich dus enkel op de investeringsbepalingen beroepen voor een ICS tribunaal onder CETA.

38. HvJ 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (*Brasserie du Pêcheur SA/Bundesrepublik Deutschland en The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a.*), punt 45.

39. J. Kleinheisterkamp, ‘Financial Responsibility in European International Investment Policy’, *International and Comparative Law Quarterly* 2014/63, p. 449-476.

40. UNCTAD, ‘Investment Policy Hub’, investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement, 1 september 2019.

41. Europese Commissie, ‘Investment disputes’, trade.ec.europa.eu/doclib/cfm/doclib_section.cfm?sec=802, 1 september 2019.

Verenigbaarheid van het voorgenomen ISDS-systeem met het algemene beginsel van gelijke behandeling

Het Advies van het Hof van Justitie voor zover het betrekking heeft op het gelijkheidsbeginsel zoals verankerd in artikel 20 Handvest Grondrechten (hierna: het Handvest) is voor veel internemarktjuristen het interessantst. Met CETA krijgen immers bepaalde bedrijven van lidstaten meer rechten dan andere bedrijven van lidstaten die actief zijn op de interne markt, namelijk die bedrijven die eigendom zijn van een Canadese investeerder. Een Canadese investeerder kan namelijk een verzoek tot geschillenbeslechting indienen onder het ISDS-systeem namens een plaatselijk gevestigde onderneming (een onderneming opgericht volgens het recht van een EU lidstaat). Zoals Schepel opmerkt, is het feit dat die onderneming Canadese aandeelhouders heeft voor het internemarktrecht irrelevant.⁴² Daarmee lijken twee werelden te ontstaan die met elkaar in strijd zijn. Vanuit het internemarktrecht bezien is een bepaalde onderneming daarom helemaal niet ‘Canadees’ maar bijvoorbeeld Nederlands, terwijl onder CETA juist dezelfde onderneming ten gevolge van Canadees aandeelhouderschap als ‘Canadees’ kan worden aangemerkt.

Als de logica van het internemarktrecht gevolgd zou worden, worden door CETA gelijke gevallen ongelijk behandeld. Een Nederlandse onderneming met Canadese aandeelhouders is immers gelijk aan een Belgische onderneming met Franse aandeelhouders. Immers, volgens het Hof van Justitie in *Felixstowe* ‘is de hoedanigheid van vennootschap van de Unie ingevolge artikel 54 VWEU gebaseerd op de plaats van de maatschappelijke zetel en de rechtsorde waarin de vennootschap is opgericht, en niet op de nationaliteit van haar aandeelhouders’.⁴³ Als de logica van het investeringsrecht zou worden gevolgd, dan worden wel degelijk ongelijke gevallen ongelijk behandeld.

Het Hof van Justitie kiest in *Advies 1/17* voor de logica van het investeringsrecht. Het Hof van Justitie stelt dat Canadese investeerders en investeerders uit de lidstaten zich niet in een vergelijkbare situatie bevinden op de Europese interne markt omdat zij als buitenlandse investeerder toegang hebben tot een specifiek rechtsmiddel in de CETA.⁴⁴ Het feit dat een in de Unie gevestigde onderneming op grond van CETA recht heeft op schadevergoeding wanneer een Canadese investeerder namens deze onderneming een gegronde klacht

heeft ingediend doet daar ook niets aan af.⁴⁵ Volgens het Hof van Justitie

‘kan worden volstaan met de vaststelling, (...) dat een dergelijke onderneming zelf een investering van die Canadese investeerder is, zodat de betrokkenheid van deze onderneming in de procedure voor de op te richten gerechten en bij de tenuitvoerlegging van de uitspraak niet tot gevolg heeft dat het voormelde resultaat van het onderzoek van de vergelijkbaarheid van de situatie van de Canadese investeerders en die van de investeerders van de Unie op losse schroeven komt te staan.’⁴⁶

Het Hof van Justitie gaat niet in op de vraag of hieruit ook volgt dat zelfs wanneer een Canadese investeerder eigendom is van een in de Unie gevestigd bedrijf, er nog altijd sprake is van een situatie die nog altijd niet vergelijkbaar is. Volgens de definitie van ‘investering’ in CETA is dit ontegenzeggelijk het geval.⁴⁷

Verenigbaarheid van het voorgenomen ISDS-systeem met het recht op toegang tot een onafhankelijke rechter

Het Advies van het Hof van Justitie op het punt van toegang tot een onafhankelijke rechter is vooral voor veel investeringsrechtadvocaten interessant omdat dit aspect van het nieuwe systeem dat door de Commissie is bedacht afwijkt van wat men gewend is in de wereld van de investeringsarbitrage. Ook in het kader van de hervormingen van de rechterlijke macht in Oost-Europese lidstaten is *Advies 1/17* op dit punt interessant. CETA wijkt af van eerdere ISDS-arbitragemechanismen doordat het systeem minder *ad hoc* is en de investeerder niet zelf een van de drie arbiters kan selecteren die het geschil tussen de investeerder en de staat zullen beslechten. CETA kent een systeem dat lijkt op het arbitrage-mechanisme van de WTO. Arbiters voor een geschil worden willekeurig geselecteerd uit een permanente lijst met arbiters die is samengesteld door de partijen bij het verdrag. Deze arbiters krijgen een vaste maandelijkse vergoeding, die kan oplopen naarmate het werk van de arbiters toeneemt. Ook introduceert CETA een beroepsinstantie.

Het Hof van Justitie begint met de vaststelling dat de gerechten aan de vereisten van artikel 47 Handvest moeten voldoen, omdat de gerechten rechtsprekende functies zullen vervullen en de Unie aan het Handvest is gebonden wanneer de Unie een geschillenbeslechtingsmechanisme opricht in een internationale overeenkomst.⁴⁸ Wat betreft de waarborgen voor onafhankelijk-

42. Zie H. Schepel, ‘A parallel universe: Advocate General Bot in Opinion 1/17’, *Europeanlawblog.eu*, 7 februari 2019; HvJ 1 april 2014, zaak C-80/12, ECLI:EU:C:2014:200 (*Felixstowe*), punt 40.

43. HvJ 1 april 2014, zaak C-80/12, ECLI:EU:C:2014:200 (*Felixstowe*), punt 40.

44. HvJ 30 april 2019, A-1/17, ECLI:EU:C:2019:341 (*CETA*), punt 180-181.

45. HvJ 30 april 2019, A-1/17, ECLI:EU:C:2019:341 (*CETA*), punt 182.

46. HvJ 30 april 2019, A-1/17, ECLI:EU:C:2019:341 (*CETA*), punt 183.

47. Art. 8.1 CETA.

48. HvJ 30 april 2019, A-1/17, ECLI:EU:C:2019:341 (*CETA*), punt 189-197.

heid benadrukt het Hof van Justitie dat moet worden voldaan aan zowel externe waarborgen (waarbij de gerechten volledig autonoom geschillen kunnen beslechten zonder instructies van buitenaf) en interne waarborgen (waarbij onafhankelijkheid vooral om onpartijdigheid draait en gelijke afstand ten opzichte van de partijen in het geding is). Het laatste aspect ‘vereist de eerbiediging van de objectiviteit en het ontbreken van enig belang bij de oplossing van het geschil buiten de strikte toepassing van de rechtsregel’.⁴⁹

Na het doorlopen van de waarborgen in CETA komt het Hof van Justitie tot de conclusie dat CETA voldoet aan de vereisten van artikel 47 Handvest. Twee zaken vallen op in dit element van het advies. Ten eerste is het verassend dat het Hof van Justitie genoeg neemt met een toezegging van de Commissie en de Raad in een verklaring in de Raadsnotulen bij het Raadsbesluit tot ondertekening van CETA om de gerechten toegankelijk te maken voor kleine en middelgrote ondernemingen. De Adviesprocedure van artikel 218 lid 11 VWEU is namelijk bedoeld om een voorgenomen internationale overeenkomst te toetsen aan de Verdragen. Toch is het niet nodig dat de tekst van de overeenkomst zoals die in werking zal treden verenigbaar is met de Verdragen, maar kan ook worden volstaan met een belofte van de instellingen om op een later moment de nodige waarborgen te treffen. Met andere woorden, het Hof van Justitie kijkt niet naar de tekst van de voorgenomen overeenkomst maar introduceert een alternatieve weg waarlangs voorgenomen overeenkomsten verenigbaar kunnen worden gemaakt met de Verdragen.

Ten tweede ziet het Hof van Justitie geen problemen met het bezoldigingssysteem in CETA van de leden van de gerechten voor het vereiste van onafhankelijkheid. Het Hof van Justitie gaat hier niet in op de bepalingen in CETA over de bezoldiging zelf, maar de manier waarop deze kan worden aangepast door het Gemengd Comité van CETA. Juist het bezoldigingssysteem zoals het zal gelden zonder besluit van het Gemengd Comité roept vragen op voor het vereiste van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Artikel 8.27 lid 14 CETA bepaalt namelijk dat leden van de CETA-Gerechten nog altijd pro rata betaald krijgen voor hun werk volgens artikel 14 lid 1 van het administratief en financieel reglement van het ICSID-Verdrag. Met andere woorden, leden van de Gerechten hebben onder de huidige regels een financiële prikkel om CETA zo ruim en gunstig mogelijk voor investeerders te interpreteren. Het zijn immers enkel investeerders die zaken aanhangig kunnen maken bij de CETA-Gerechten en niet de partijen zelf. Het Hof van Justitie gaat hier dus wel erg makkelijk voorbij aan het vereiste van financiële onafhankelijkheid van deze leden van het Tribunaal en vertrouwt er wederom op dat deze onafhankelijkheid op een later moment zal worden gewaarborgd.

49. HvJ 30 april 2019, A-1/17, ECLI:EU:C:2019:341 (CETA), punt 203.

Conclusie

Het Hof van Justitie lijkt zich met *Advies 1/17*, na de hevige kritiek op *Advies 2/13*, niet te willen branden aan het dwarszitten van een belangrijke politieke prioriteit van de Commissie-Juncker: het handelsverdrag met Canada dat als speerpunt moet dienen voor de Europese handelspolitiek. Met *Advies 1/17* toont het Hof van Justitie zich vooral bereid om mee te gaan met de argumenten van de partijen die voorstander waren van het akkoord en is daarmee een stuk flexibeler ten opzichte van internationale tribunalen dan in eerdere uitspraken. Het Hof van Justitie geeft met *Advies 1/17* ook een flinke impuls aan het investeringsbeleid van de Unie en daarmee aan de wereld van het investeringsrecht en de daarbij behorende gemeenschap. Dit vertrouwen is opmerkelijk omdat investeringstribunalen tot nog toe de uitspraak van het Hof van Justitie in *Achmea* volledig hebben genegeerd.⁵⁰ Toch kan *Advies 1/17* worden gebruikt bij het overtuigen van landen die kritisch staan tegenover ISDS en de huidige benadering van de Commissie. Dat is voor de Commissie geen overbodige luxe omdat ISDS minder populair is en meer en meer landen van het systeem af willen.⁵¹

50. Zie voor een bespreking van recente uitspraken sinds *Achmea*, S. Gáspár-Szilágyi en M. Usynin, ‘The Uneasy Relationship between Intra-EU Investment Tribunals and the Court of Justice’s *Achmea* Judgment’, *European Investment Law and Arbitration Review* 2019/4.

51. Landen die kritisch tegenover ISDS staan en in sommige gevallen zelfs hun investeringsverdragen opzeggen of niet meer ISDS in nieuwe verdragen opnemen, zijn bijvoorbeeld Zuid-Afrika, Zuid-Korea, Indonesië en India. In het nieuwe vrijhandelsverdrag tussen Canada, de VS en Mexico (dat NAFTA vervangt) is ISDS verwijderd tussen Canada en de VS en aangepast tussen Mexico en de VS (waarbij nu eerst partijen de nationale rechtsmiddelen moeten uitputten).